



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

VALTERNÚBIO CHAVES SERPA

**UMA VISÃO CRÍTICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL INSTITUÍDA PELA LEI N°
11.101/05, EM FACE DO PRINCÍPIO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-
FINANCEIRA.**

**Fortaleza
Novembro - 2011**

VALTERNÚBIO CHAVES SERPA

UMA VISÃO CRÍTICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL INSTITUÍDA PELA LEI Nº
11.101/05, EM FACE DO PRINCÍPIO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de
Graduação em Direito, da
Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Eduardo dos
Santos.

FORTALEZA

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S486v Serpa, Valternúbio Chaves.
Uma visão crítica da recuperação judicial instituída pela lei nº 11.101/05, em face do princípio da viabilidade econômico-financeira / Valternúbio Chaves Serpa. – 2011.
44 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2011.
Área de Concentração: Direito Falimentar.
Orientação: Prof. Luiz Eduardo dos Santos.
1. Direito Falimentar - Brasil. 2. Falência - Legislação - Brasil. I. Santos, Luiz Eduardo dos (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

VALTERNÚBIO CHAVES SERPA

UMA VISÃO CRÍTICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL INSTITUÍDA PELA LEI Nº
11.101/05, EM FACE DO PRINCÍPIO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação
em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 24 de novembro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Luiz Eduardo dos Santos (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho
Universidade Federal do Ceará - UFC

Dedico, não apenas este trabalho de monografia, mas todas as minhas conquistas à minha família e aos meus queridos amigos, sem os quais tantas realizações não teriam o mesmo sentido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de forma especial, ao Professor Luiz Eduardo do Santos, pela atenção dispensada e pelo grande apoio, imprescindíveis para a realização deste trabalho. Agradeço pela zelosa orientação, sempre buscando, através de seus conselhos, o engrandecimento desse projeto, agora concretizado, que considero nosso.

Ao professor Francisco de Araújo Macedo Filho, pelas lições que contribuíram com brilhantismo para o desenvolvimento desta obra e pelo tempo despendido na participação de nossa banca examinadora.

Aos amigos que contribuíram de forma inestimável para a realização do presente trabalho e a todos aqueles que, de alguma forma, ajudaram-nos a dar esse importante passo na vida profissional.

“As leis não bastam,

Os lírios não nascem das leis.”

CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE

RESUMO

O presente trabalho monográfico, construído a partir de pesquisa bibliográfica, tem o objetivo de, através de uma análise crítica da recuperação judicial instituída pela Lei 11.101/05, em face do princípio da viabilidade econômico-financeira, demonstrar qual empresa poderá beneficiar-se do instituto da recuperação judicial com base em tal princípio. Para atingir tal objetivo, realizaremos inicialmente uma abordagem dos aspectos históricos do direito falimentar até o surgimento da Lei 11.101/05. Posteriormente delinearemos as disposições gerais acerca do Instituto de Recuperação Judicial, para finalmente analisarmos os argumentos doutrinários que versão sobre a viabilidade da Recuperação Judicial, pautada no Princípio da Viabilidade Econômico Financeira, tecendo as críticas e considerações necessárias aos mesmos.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Princípio da Viabilidade Econômico-financeira. Viabilidade da Recuperação Judicial.

ABSTRACT

This monograph, constructed from literature review, aims to, through a critical analysis of judicial recovery introduced by Law 11.101/05, in the face of the principle of economic and financial viability, demonstrate which company can benefit from institution of judicial recovery based on this principle. To achieve this, we will conduct an initial approach to the historical aspects of the bankruptcy law until the appearance of Law 11.101/05. Subsequently will treat the general provisions on the Institute of Judicial Recovery, to finally look at the doctrinal arguments that version on the viability of Judicial Recovery, based on the principle of economic and financial viability, realizing the critical and necessary considerations to the subject.

Keywords: Judicial recovery. Principle of economic and financial viability. Viability of the judicial recovery.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO FALIMENTAR.....	12
2.1	Direito Romano. Primeiros delineamentos históricos.....	12
2.2	Idade Média.....	15
2.3	O Código Napoleônico e sua importância para o desenvolvimento do Instituto da Falência.....	18
2.4	Da Falência e da Recuperação Judicial no Brasil.....	19
2.4.1	Brasil Colônia.....	20
2.4.2	A matéria falimentar no Brasil Independente.....	22
2.4.3	O advento da lei 11.101/2005 e a contextualização do Instituto de Recuperação Judicial.....	24
3	DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS.....	27
3.1	Conceito e objetivo.....	27
3.2	Legitimidade jurídica para requerer a Recuperação Judicial.....	31
3.3	Legitimidade passiva e créditos sujeitos à Recuperação Judicial.....	32
3.4	Meios de Recuperação Judicial.....	33
3.5	O processo de Recuperação Judicial e suas fases.....	35
4	CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VIABILIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS EMPRESAS.....	37
5	CONCLUSÃO.....	43
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Em se tratando de normas que tratam de Direito Falimentar, podemos afirmar que uma das maiores preocupações do legislador foi procurar soluções para evitar a quebra das empresas.

Fazendo um breve retrospecto dos sistemas utilizados para tanto, podemos constatar que vários sistemas de prevenção foram tentados, porém sempre sob a visão dos devedores ou credores, e majoritariamente, protegendo os interesses dos mesmos.

Porém, nas últimas décadas, a ótica pela qual enxerga-se o papel da empresa na sociedade modificou-se, de modo que uma maior importância para a sua função social foi despendida, fator este ensejador da necessidade de Recuperação da mesma, triplamente justificada pelas seguintes causas: manutenção dos empregos dos trabalhadores, da fonte produtora, bem como dos interesses dos credores. Ademais, devemos ressaltar que a empresa que cumpre sua função social não se restringe à geração de postos de empregos, mas também o cumprimento de tal papel perpassa pelo cumprimento de obrigações outras, como por exemplo, o respeito ao meio ambiente e a conseqüente preservação do mesmo.

Desta feita, ao trazer em seu bojo a possibilidade de aplicação do instituto da Recuperação Judicial das Empresas em crise, a Nova Lei de Falências, de nº 11.101/2005, intentou possibilitar a manutenção da empresa no mercado, na tentativa de fomentar o desenvolvimento econômico social.

Contudo, não é forçoso lembrar que é na aplicação da lei que os institutos vão sendo aperfeiçoados, cabendo aos doutrinadores e operadores do Direito interpretá-los conforme a Constituição Federal, além de tecer as críticas tão necessárias ao desenvolvimento de tais Institutos.

No que concerne à disciplina da Recuperação Judicial das empresas, as ponderações e ressalvas às aplicações de tal Instituto existem desde a

formulação do projeto da Nova Lei de Falências e até hoje persistem, tendo em vista que a experiência já nos mostrou que uma norma que permite a aplicação generalizada e indistinta da conservação da empresa, tende a ampliar os riscos econômicos e sociais que pretendia diminuir. Assim, faz-se imperioso a análise da viabilidade da empresa para recuperar-se judicialmente, de acordo com o Princípio da Viabilidade Econômico-financeira, para que se possa apontar qual empresa poderá beneficiar-se de tal processo.

Nesta toada, o presente estudo tem como principal objetivo analisar os principais aspectos concernentes ao estudo da viabilidade de Recuperação Judicial das empresas, de modo a demonstrar que a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo.

Com o fito de melhor atingir os objetivos delineados, a monografia divide-se em três capítulos. No primeiro deles, aborda-se aspectos históricos do Direito Falimentar, de tal monta que se possa traçar um panorama geral da tônica que geriu as normas de Direito Falimentar e da importância que se deu à recuperação das empresas em cada momento abordado.

No segundo capítulo, foram delineadas as disposições gerais acerca do Instituto de Recuperação Judicial das empresas, abordando questões essenciais ao entendimento do mesmo, quais sejam, os requisitos necessários ao seu deferimento, bem como para pleitear a concessão do mesmo, os legitimados para requerê-lo, os meios de recuperação da empresa dispostos no novel diploma falimentar, as fases do processo de Recuperação Judicial, os créditos que se submetem a tal processo, os principais requisitos que o plano de recuperação judicial deve conter, bem como aqueles necessários à concessão da Recuperação.

Esclarecidas as questões básicas para o entendimento do Instituto, passa-se então, ao terceiro capítulo. Após a análise dos argumentos doutrinários que versam sobre a viabilidade da Recuperação Judicial, pautada no Princípio da Viabilidade Econômico-financeira, são tecidas as críticas e considerações necessárias aos mesmos.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO FALIMENTAR

Inicialmente, antes de adentrarmos na apresentação das características que marcaram o Direito Falimentar em diferentes épocas, é necessário ressaltar a importância que reside em tal retrospecto.

Ocorre que da mesma forma que o legislador tem o dever de editar novas normas para a melhor disciplina possível das relações jurídicas que se apresentam, adaptando o direito positivo às necessidades do mundo concreto, os aplicadores da lei deveriam possuir o dever de estudar como um mesmo instituto foi visto no suceder de diferentes épocas e contextos históricos, de modo a entender quais fatos demandaram a criação ou atualização de tal instituto, e dessa forma, adquirir conhecimento necessário para a aplicação do mesmo conforme os fins para os quais foram idealizados.

Desta feita, neste capítulo, objetiva-se realizar um estudo com base em Direito Intertemporal das normas falimentares, resgatando-se a evolução dos fundamentos constitutivos do Direito Falimentar. Para tanto, inicia-se com uma abordagem acerca do tema sob liça, no Direito Romano. Passa-se ao estudo do mesmo na fase da Idade Média, seguido de considerações acerca da importância do Código Napoleônico para o estudo do tema. Por fim, são delineados os comentários concernentes à disciplina da matéria no Brasil Colônia, Império e República, até a atualidade, com o advento da Lei 11101/2005, que regulamenta a Recuperação Judicial do empresário e da sociedade empresária.

2.1 Direito Romano. Primeiros delineamentos históricos

Na fase mais primitiva do direito romano, correspondente ao Direito Quiritário, o descumprimento de uma obrigação pelo devedor, permitia a adjudicação deste ao credor, o que significava a manutenção daquele num estado de servidão para com este, por um período de até sessenta dias. Caso o devedor não solvesse a dívida até o término deste período, poderia ser vendido como escravo no

estrangeiro, ou até mesmo matá-lo, repartindo-lhe o corpo em pedaços tantos quantos fossem os credores. Podemos constatar que o instituto da falência, nesta época, era marcado pela clara preocupação na punição do devedor que não saldasse suas dívidas para com os credores.

Tal época foi anterior à vigência da Lei das XII Tábuas, sob a égide da qual, não diferentemente do preconizado no período anterior, a execução por dívidas era pessoal, instaurada contra a própria pessoa do devedor, o que implicava na possibilidade de o credor prendê-lo acorrentando-o, vendê-lo como escravo, ou, até mesmo, matá-lo com autorização pretoriana.

Conforme antevemos, as origens do instituto da falência estão diretamente ligadas ao Direito Romano, entretanto, tal ligação é vislumbrada, especialmente, no período em que se iniciou a evolução histórica da execução, a qual caracterizou-se pela substituição da execução corporal e pessoal, assistindo-se pela primeira vez ao nascimento de formas que delimitariam o Direito Falimentar.

O referido sistema, baseado na execução pessoal das dívidas do devedor insolvente, perdurou até meados do século 428 a.C, com a promulgação da Lex Poetelia Papiria, a qual introduziu no Direito Romano a execução patrimonial.

Melhor explicando, a obrigação que antes recaía sobre o indivíduo, o qual constituía a única garantia dos credores, passou a incidir sobre os seus bens, de modo que a falta de cumprimento da mesma ensejava a execução do patrimônio do devedor. Desta feita, extinguiu-se o critério da responsabilidade pessoal, de modo que foram proibidas a morte do devedor, ou a venda para a escravidão. Assim a Lex Poetelia Papiria representou um avanço, ao introduzir a execução patrimonial em detrimento da execução pessoal.

Analisando os resvalos de tal Lei, no Brasil, constatamos que os preceitos da mesma foram sentidos desde a época das Ordenações Portuguesas, onde já existia o entendimento que propugnava a vedação da pena de prisão por dívidas. Como podemos constatar, remonta desde esta época o entendimento de

que, no domínio das relações privadas, o inadimplemento das obrigações jamais poderia determinar a imposição de qualquer tipo de coerção pessoal contra o devedor que se recusasse a cumprir a obrigação decida.

Posteriormente, pela *bonorum venditio*, instituída por Rutilio Ruffo, pretor de Roma, é acrescentado ao processo romano a figura da *bonorum sectio*, segundo a qual foi instituída a *missio in bona* ou *missio possessionem*, que baseava-se na perda da posse dos bens do devedor, a pedido do credor e por determinação do pretor. Assim, o devedor perdia a administração de seus bens, que ficavam aos cuidados do curador (*curator bonorum*), que também era nomeado pelo pretor.

Em 737 a.C foi instituída a Lex Julia Bonorum, que criou a *cessio bonorum*, em que era facultado ao devedor a cessão de seus bens ao credor, que podia vendê-los separadamente. A Lex Julia Bonorum é considerada por alguns autores o embrião da falência, como observa Amador Paes de Almeida ao citar Waldemar Ferreira:

“Não poucos romanistas divisam na *Lex Julia* o assento do Moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e o da *par conditio creditorum*.

Desde então, o credor, que tomava a iniciativa da execução, agia em seu nome por direito próprio, mas também em benefício dos demais credores, com isso, veio a formar-se o conceito de massa, ou seja, da massa falida.

Completava-se a *bonorum venditio*, com larga série de providências, determinadas pelo pretor, contra os atos fraudulentos de desfalque do seu patrimônio, praticadas pelo devedor.

Entre elas, a *actio pauliana*, por via da qual '*quoe in fraudem creditotum alienata sunt revocantur fructus quoque restituuntur*’.”

[1]

1 ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. São Paulo: Saraiva. 20ª edição, p. 03.

2.2 Idade Média

Para entender como foi desenvolvida a matéria relativa ao procedimento falimentar, mister observar o contexto histórico sob o qual despontou a Idade Média, qual seja a de invasão da Europa por bárbaros e a conseqüente queda de Roma, fato este que acarretou um retrocesso, concernente à retomada, em parte, da adoção do critério da execução individual, ou seja, sobre a pessoa ou sobre os bens móveis do devedor.

Encontramos na doutrina a afirmação que, nesse período histórico, não obstante o quadro jurídico tradicional fosse de tendência romanística, estabeleciam-se duas linhas de pensamento contrárias, que ocasionaram dois regimes diferentes de execução universal.

O regime de execução universal delineado pela primeira corrente coadunava-se com a lei romana que vigorava, anteriormente, caracterizada pela sua natureza privatística, e pela intensa participação dos credores em todo o procedimento, considerados como parte fundamental e competindo-lhes solidariamente a direção dos rumos da execução, sem a participação do magistrado. A este cabia somente a competência de resguardar os direitos dos credores. Nota-se que a execução voltava-se, quase que totalmente, para a satisfação dos interesses dos credores.

Em contraparte, a segunda corrente, influenciada pelo Direito Visigótico, alçava o magistrado ao centro do procedimento executório, onde figurava como figura central, dotado de poderes para dirigir e comandar todo o processo, mas com o fito de reprimir e castigar o devedor. Desta forma, tal qual ocorria na primeira corrente abordada, eram os direitos dos credores que eram protegidos, só que desta vez, o eram pelo magistrado. Uma diferença, contudo, era percebida, qual seja a de que a ideia privada sobrepujava-se à natureza pública do procedimento.

Necessário ressaltar que a par das duas correntes supramencionadas, existiam ainda opiniões que não se enquadravam em nenhuma destas, das quais

divergiam quanto ao objeto do procedimento. Tal divergência ocorria da seguinte forma, enquanto uns não faziam distinção entre o comerciante e o não comerciante, no momento de elencar os sujeitos capazes de desencadear a mecanismo de execução, considerando suficiente a situação de insolvência e o correspondente não pagamento, uma outra corrente passava a diferenciar a figura daquele que quebrou por dívidas mal contraídas, denominado *decoctor*, ou seja, aquele comerciante inadimplente, merecedor de um procedimento mais severo e penalizador, justificado não somente pela sua maior responsabilidade social, traduzida-se, responsabilidade pela manutenção do comércio, como também pelas consequências negativas eram geradas para o funcionamento do comércio em geral em decorrência de tal quebra.

Conforme podemos perceber, o quadro jurídico da época foi influenciado por duas correntes distintas, a romana e a bárbara, que, com o mesmo objetivo de satisfazer e assegurar os direitos dos credores, tenderam a uniformizar-se e homogeneizar-se, de modo que em cada domínio, ou melhor, em cada região, ocorreu a fusão das duas correntes, mas de forma a privilegiar, à sua medida, a tendência a manter nas mãos dos credores o poder para dirigir o procedimento executório ou de eleger o magistrado como a autoridade responsável pela direção do feito.

Diferentemente, há autores que indicam como marca principal na Idade Média a assunção de especial relevo pela tutela estatal, de maneira que o Estado passou a controlar a atuação dos credores, condicionando-os à disciplina judiciária. Acrescentam também que coube ao magistrado também a imposição de disciplina ao concurso creditório, o que incluía a obrigatoriedade dos credores habilitarem-se em juízo. Assim, passando a incidir exclusivamente sobre o patrimônio do devedor, a iniciativa da execução foi deslocada para as mãos do Estado, de tal forma que só foi permitida a execução sob a tutela estatal, proibida qualquer execução de mão própria, fato este que só foi possível devido ao robustecimento da autoridade estatal, que foi aparelhada substancialmente.

Todas as correntes convergem, porém, a um mesmo ponto, qual seja, o de que os interesses primordialmente defendidos eram os dos credores, entre os

quais deveria ser partilhado o somatório da arrecadação dos bens do devedor.

Um aspecto concernente ao instituto da falência, tal qual concebido na época medieval, deve ser registrado, qual seja, o do caráter repressivo de que o mesmo se revestia. Nas palavras de Amador Paes de Almeida:

“Nessa fase, a falência é vista como um delito, cercando-se o falido de infâmia e impondo-se-lhe penas que vão da prisão à mutilação – Falliti sunt fraudatores (Os falidos são fraudadores, enganadores velhacos)”. [2]

Desta forma, o seu propósito era punir o devedor que enganou, de modo que a nota da infâmia era conferida ao devedor, não existindo a existência de uma possível boa-fé que o salvasse.

Observa-se, portanto, foi na época medieval que o procedimento falimentar mais se desenvolveu, bem como foi aperfeiçoado e sistematizado, ganhando uma estrutura que se assemelha a do Direito Falimentar moderno. Acrescente-se ainda o fato que é nessa época que o concurso de credores se transforma na falência, a qual, posteriormente, estendeu-se a toda espécie de devedor, tanto ao devedor comercial quanto ao devedor civil.

O processo precursor falimentar mostrou-se de forma bem definida nas cidades italianas do norte, quais sejam, Florença, Veneza, Milão e Gênova, exercendo influência preponderante sobre o direito francês, por força do árduo comércio que cidades francesas mantinham com estes pólos italianos de comércio. É no norte da Itália que surge, primordialmente e com extrema nitidez, a execução de caráter coletivo, remanescendo ainda as penas severíssimas para os devedores falidos, e o fato da falência, por si só, constituir um crime.

2 ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. São Paulo: Saraiva. 20ª edição, p. 04.

2.3 O Código Napoleônico e sua importância para o desenvolvimento do Instituto da Falência

O Código Comercial Francês, cuja edição ocorreu no ano de 1807, também é denominado pelos doutrinadores, como Código Napoleônico, tendo em vista a preponderante participação de Napoleão Bonaparte na elaboração do mesmo.

A edição de tal Código constituiu grande importância para o desenvolvimento do Instituto da falência, consubstanciado na restrição da falência ao devedor comerciante, o que significou uma evolução, na opinião consolidada dos doutrinadores. No entanto, o devedor faltoso continuava sendo considerado como um criminoso.

O contexto histórico em que tal diploma normativo foi instituído corresponde ao período posterior à Revolução Francesa, profundamente influenciado pelo pensamento político de Hobbes e Rousseau, para os quais a propriedade privada não era um direito natural, mas civil.

Acerca do tema, são esclarecedoras as palavras de Ecio Perin Júnior, a seguir transcritas:

“De fato, embora o capitalismo estivesse em vias de consolidação e o poderio econômico da burguesia fosse incontestado, o regime político permanecia monárquico e o poderio político e o prestígio social da nobreza também permaneciam.

Diante desse quadro do liberalismo (trinômio da liberdade, igualdade e fraternidade), o Estado, através da lei e da força, tem o poder para dominar – exigir obediência – e para reprimir – punir o que a lei defina como crime. Seu papel é a garantia da ordem pública, tal como definida pelos proprietários privados e seus representantes”. [3]

3 PERIN, Ecio Júnior. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. São Paulo: Editora Método. 3ª edição, p. 33.

Nesse cenário histórico, em que predominava a influência do pensamento político de Hobbes e Rousseau, e onde o Estado era munido de total poder para dominar, em todas as searas, inclusive na direção do procedimento falencial, a figura do magistrado fortaleceu-se como a parte central de tal procedimento.

Com o decorrer dos anos, com o fim do Período Napoleônico, os rigores da legislação foram abrandados, de modo ao devedor insolvente foi imposto um tratamento menos severo pelas novas disposições legais que foram surgindo. E o mais interessante, a falência, então, revestiu-se de um caráter econômico-social, de modo a representar as profundas alterações pelas quais passou o Direito Comercial, e que culminaria com a modificação do próprio conceito de empresa, hoje vista além da sua dimensão e finalidades estritamente privadas, compreendida através do enfoque na sua função social.

Fez-se então, uma separação entre devedores honestos e desonestos, bem como distinguiu-se o tratamento a ser conferido a cada uma das duas classes, conferindo-se a concessão das benesses e favores da moratória aos honestos.

De modo progressivo, tais idéias empalharam-se a partir da França para o mundo ocidental, influenciando diretamente o Direito Português, e, conseqüentemente, o Direito brasileiro, do qual trataremos a seguir, no que concerne às normas falimentares desde a época do Brasil colônia, até os dias atuais, época em que vigora a Nova Lei de Falências, Lei 11.101/05, que instituiu a Recuperação Judicial das sociedades empresárias, que tem como fundamento basilar a superação da crise, em contraste com a concordata, instituto utilizado durante a vigência do Decreto-Lei nº7661, de 21 de junho de 1945, e que era concedido a todo empresário que preenchesse as condições da lei, ainda que não constatada a viabilidade de sua recuperação.

2.4 Da Falência e da Recuperação Judicial no Brasil

2.4.1 Brasil Colônia

Em se tratando de Direito falimentar brasileiro, iniciaremos nossas considerações abordando o tema em exame na época em que o Brasil ainda era colônia de Portugal.

Na verdade, ao se tratar de Brasil colônia deve se ter em mente a sujeição às regras jurídicas de Portugal, onde vigoravam, na ocasião do descobrimento do Brasil, as Ordenações Afonsinas, as quais foram substituídas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas, que como a própria denominação indica, foram elaboradas pelo Rei Dom Manuel, rei que já ocupava o trono português por ocasião do descobrimento.

No que concerne às Ordenações Afonsinas, que foram promulgadas em 1446, há registros de que as mesmas traziam em seu bojo a disciplina do concurso de credores, do seguinte modo, estabelecendo a cominação de pena de prisão, em caso de não existirem bens, até o pagamento da dívida, e facultando prioridades ao credor que tivesse a iniciativa da execução. Vale ressaltar que o referido concurso ocorria quando o devedor não possuía bens suficientes para solver as suas dívidas. De outro giro, tais Ordenações não configuraram os termos em que ocorreria a quebra do comerciante. Matéria esta que somente foi tratada pela Lei de 8 de março de 1595, promulgada por Filipe II, a qual, posteriormente, serviu de supedâneo para a elaboração de todo o Título LXIV do Livro V das Ordenações Filipinas.

Por seu turno, as Ordenações Filipinas, aplicadas em Portugal, em decorrência da subordinação de Portugal ao reino de Castela, tiveram grande influência no Brasil, muito embora este fosse, à época, colônia de Portugal, tendo em vista o leve despertar das atividades mercantis. Foi no bojo destas Ordenações que foi consagrada a possibilidade de quebra dos comerciantes, ao passo em que fazia enfática distinção entre os mercadores desonestos, que eram equiparados a ladrões públicos, e aqueles que teriam falido sem culpa ou má-fé, e que por isso, não poderiam ser penalizados. Enquanto isso, aqueles enquadrados na primeira

categoria, eram considerados inaptos para o comércio e poderiam sofrer penas que variavam desde o degredo até à pena de morte. Para melhor retratar o tratamento diferenciado dispensado a essas duas categorias de mercadores falidos, transcreve-se, a seguir, um trecho extraído das Ordenações em exame, citada por Amador Paes de Almeida:

“E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorreram em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior e Cônsules do Consulado, que os procurarão consertar e compor com seus credores, conforme a seu Regimento.” [4]

Terminado tal período, surgiu o Alvará de 13 de novembro de 1756, promulgado por Marquês de Pombal, no qual foi configurado, um autêntico processo de falência, de modo que tal diploma foi considerado um marco decisivo no Direito Falimentar brasileiro. Tal processo era nítida e acentuadamente mercantil, dirigido exclusivamente para comerciantes, mercadores ou homens de negócio, e ocorria da seguinte forma, ao mercador que fosse considerado falido era imposto a sua apresentação coercitiva, caso fosse necessário, à Junta Comercial, a fim de que jurasse a verdadeira causa da falência e entregasse as chaves dos armazéns que possuía, além de ter que declarar todos os bens que possuía e entregar o então denominado “Livro Diário”, no qual deviam estar lançados os assentos de todas as mercadorias, com a discriminação das despesas efetuadas. Realizava-se, portanto, uma espécie de inventário dos bens do falido.

Findo tais trabalhos, executava-se a etapa seguinte, consistente na convocação dos credores através de edital. Entretanto, necessário se faz a tecitura de observação interessante, qual seja, do produto da arrecadação, dez por cento do total era destinado ao próprio falido, para que este pudesse prover o seu sustento, bem como o de sua família.

4 ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. São Paulo: Saraiva. 20ª edição, p. 05-06.

Porém, vale ressaltar que tal procedimento só era aplicado àquele comerciante que demonstrasse que não teve culpa na ocorrência da sua quebra, já que se fosse comprovado que a falência fora fraudulenta, decretar-se-ia a prisão do do comerciante, seguido do processo penal que lhe era cabível.

2.4.2 A matéria falimentar no Brasil independente

Após a proclamação da independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, continuaram vigendo as lei portuguesas, como sempre ocorre em qualquer ruptura institucional. Apesar de estabelecida nova situação política, há uma fase em que inexistente controle legislativo, durante o qual permanecem as leis do sistema anterior, que aos poucos vão sendo adaptadas à nova ordem.

Portanto, sobre nós sobrevieram longos anos em que ainda esteve vigente as leis portuguesas, tendo vigorado como instituindo o então sistema falimentar brasileiro, o Alvará de 13 de novembro de 1756, até a promulgação do Código Comercial brasileiro, em 25 de junho de 1850, o qual foi inspirado no Código Comercial Francês.

Tal influência fez com que preponderasse a aplicação do Código Comercial Napoleônico de 1807, inclusive ao concernente à matéria falimentar.

Expostas as considerações iniciais, passemos a análise do Instituto da Falência, no Brasil, dividindo sua evolução em cinco fases importantes, delineadas da seguinte forma, para uma melhor exposição didática.

A primeira das fases inicia-se com a publicação do Código Comercial de 1850, perdurando até o advento da República. Neste período, podemos encontrar a caracterização da chamada quebra, então prevista na Parte III do Código Imperial, a qual era divisada quando da simples constatação da cessação de pagamentos. Ademais, esta fase caracterizou-se pela edição de decretos que objetivavam o tratamento de questões pontuais em se tratando de matéria falimentar.

Já a segunda fase da evolução do instituto falimentar no Brasil corresponde à edição do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, diploma legal preconizou a caracterização do estado de falência pela prática de atos ou pela ocorrência de fatos previstos em lei.

O Decreto em questão, muito embora tenha ocasionado o desenvolvimento do Direito Falimentar Brasileiro, trazia em seus bojos alguns defeitos, como por exemplo, a determinação da supremacia do interesse dos credores, características esta, que para alguns doutrinadores, foi certamente uma das causas do insucesso do mesmo.

Outrossim, instituiu como meio preventivo para a decretação da falência a moratória, a cessão de bens e o acordo preventivo, além de prever os meios inibidores da declaração de falência.

A edição de um outro diploma legal, a Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, inicia o terceiro período. A novel lei proporcionou a simplificação do mecanismo processual da instituição da falência, ao passo em que aperfeiçoou as diretrizes do Decreto nº 917 de 1890, corrigindo imperfeições reveladas pela aplicação prática do mesmo, além de exigir a verificação e classificação dos créditos, de modo a combater o conluio e a má-fé.

O marco para o início da quarta fase corresponde à edição do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que, indiscutivelmente, tornou-se um dos institutos jurídicos mais criticados da legislação brasileira, haja vista o longo tempo em que esteve vigente, quase sessenta anos desde sua criação, e a consequente defasagem que sofreram boa parte dos seus princípios e conceitos em relação ao objetivo de origem.

Criado, originariamente, com o objetivo fundamental de proteger e garantir a continuidade da empresa devedora e do direito dos credores, mediante um alongamento do perfil de endividamento da empresa, o Decreto Lei sofreu

grande reverses, como por exemplo, a existência da indústria da concordata, quando o instituto era utilizado pelos devedores para enriquecerem fraudulentamente. Assim, a indústria da concordata existia e prosperava, uma vez que ao juiz não era dada, pela lei, a alternativa de denegar o benefício sem decretar a falência. Além de que, a concordata era um direito a que todo empresário que preenchesse as condições da lei tinha acesso, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica.

Ademais, o Decreto tratava a situação dos credores de forma compartimentada e independente, excluindo dos benefícios legais os débitos trabalhistas e tributários. A falência era vista como um instituto tipicamente mercantil em decorrência da sujeição passiva dos comerciantes e das sociedades comerciais ao disposto na lei.

Desta feita, o direito falimentar restringia-se aos comerciantes e sociedades comerciais, carecendo, assim, de um tratamento legal mais adequado à realidade econômica e social do país, em virtude das profundas modificações implementadas em nossa estrutura e desenvolvimento, sobretudo, a partir da segunda metade do séc. XX.

Imperioso afirmar que o referido diploma legislativo só não se tornou inteiramente obsoleto devido às diversas alterações que foram realizadas em seu bojo, a fim de modernizá-lo. Vale ressaltar também a importância da Jurisprudência como um elemento contextualizador de tais dispositivos.

2.4.3 O advento da Lei 11.101/2005 e a contextualização do Instituto de Recuperação Judicial

O panorama em que o Decreto 7661/1945 vigia, caracterizava-se pela grande insatisfação com os resultados obtidos nos processos de falências e concordatas. Erigido em uma época em que o procedimento falimentar tinha como escopo principal o encerramento da atividade empresarial, com vistas à preservação do interesse particular, o Decreto conduzia, não raramente, a própria impossibilidade

de recebimento dos créditos por parte do credor, além de alcançar, por vezes, todos aqueles que mantinham algum tipo de relação comercial com o falido.

A extrema burocratização e formalidade do sistema que, além de rígido, submetia os credores a um modelo pronto e único traçado na lei, quase sempre deteriorava o patrimônio da empresa, que é a garantia dos credores, uma vez que era a lentidão que caracterizava esse tipo de processo.

Ademais, a falência e a concordata, na forma em que estavam estruturadas no Decreto - Lei 7661/1945, não possibilitava ao então comerciante, hoje empresário ou sociedade empresária, em situação de crise, a alternativa de superarem a crise com o auxílio de institutos jurídicos, recuperando-se. Assim, apresentava-se como sistema inteiramente incapaz de preservar o interesse social, além de não conseguir assegurar os créditos pertencentes legalmente a cada credor da empresa concordatária ou falida.

Em face do panorama que se formou, muito bem delineado pelo doutrinador Rubens Requião, nos termos a seguir expostos, verificou-se a necessidade de edição de um novo diploma legal que oferecesse o supedâneo necessário para sanar as injustiças traçadas sob o respaldo do Decreto Lei.

“A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso País, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos. As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o País, em esplêndida explosão de sua atividade comercial e capacidade empresarial, não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fator essencial para o seguro desenvolvimento econômico nacional. Não se capacitaram os tecnocratas e os juristas burocráticos, por outro lado, de que a falência não se constitui apenas meio de cobrança de interesses fiscais e privados. Nestes últimos anos suas preocupações foram as de crescer, com privilégios

excepcionais e absolutos, os créditos da Fazenda Pública, com preceitos não mais admissíveis no direito moderno”. [5]

Em face do exposto, bem como considerando o cenário sócio econômico caracterizado pela função social desempenhada pela empresa e o interesse que a mesma despertou para o crescimento da economia regional e nacional, o legislador passou a dedicar especial atenção à salvaguarda das sociedades empresárias, em vez de apenas preocupar-se com o binômio devedor e credor, como ocorria até então.

Foi promulgada, então, após mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional, a Lei nº 11.101 de 2005, que regulamentou a possibilidade de recuperação judicial de empresários e sociedades empresárias.

Desta feita, foi revogada a antiga Lei de Falências, qual seja o já defasado Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, instrumento que já se apresentava anacrônico, na medida em que não mais se coadunava com a realidade das relações empresariais tais quais traçadas na modernidade.

Consagrou-se, portanto, substancial mudança no tratamento da falência, além de esforços dirigidos à superação de crises em empresas consideradas viáveis para tanto.

5 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 248.

3 DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

3.1 Conceito e objetivos

Inicialmente, antes de adentrarmos no estudo do conceito e objetivos do Instituto em exame, é importante esclarecer o sentido em que se usa a palavra “empresa” no presente trabalho.

Ocorre que a Lei 11.101/05, não se refere explicitamente à recuperação judicial da empresa, mas sim ao empresário e da sociedade empresária.

“Art.1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.” [6]

Utilizamos ao longo do trabalho o termo “empresa” em substituição aos termos elencados pela lei, tendo em vista a simplificação que tal uso representa. Ademais, frise-se que o mesmo é largamente utilizado pelos mais conceituados doutrinadores, ao tratarem do tema.

Baseamo-nos também no perfil corporativo, uma das facetas pela qual a empresa é analisada no conceito proposto por Alberto Asquini, segundo o qual a empresa é considerada uma instituição, na medida em que o empresário e seus empregados estão reunidos com propósitos comuns.

“Asquini reputava que o empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico

6 BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 out. 2011.

comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico na produção”. [7]

Porém, considerando o uso empregado na Lei 11.101/05, faz-se necessária a análise do conceito que a Lei nº 11.101/05 imprime aos termos “empresário” e “sociedade empresária”, que em sintonia com o Código Civil de 2002, é bem mais-amplo do que o do antigo comerciante ou da sociedade comercial, únicos destinatários da revogada Lei de Falências

Muito embora não seja função da lei conceituar, encontramos o conceito de empresário no Código Civil de 2002, de onde destacamos as noções de atividade econômica organizada, profissionalismo e produção ou circulação de bens ou serviços.

“Art.966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”[8]

Quanto ao conceito de sociedade empresária, encontramos-lo a partir da definição formulada pelo legislador, haja vista a inexistência de dispositivo legal onde conste tal elemento.

Concluimos, assim, que se empresário é definido como o profissional que exercer “atividade econômica organizada para a produção ou circulação de serviços e bens”, empresa é, portanto, a atividade com essas características.

7 COEHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 48.

8 BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 out. 2011.

Superado esse adendo inicial, passemos às considerações acerca da Recuperação Judicial.

Inovação trazida a lume pela Lei 11.101/05, tem como escopo principal a manutenção e a preservação da empresa, garantindo a continuidade da função social que esta exerce, qual seja, a de geradora de tributos, de receitas para o Estado, a de geradora de postos de trabalho, bem como a de unidade produtora de bens duráveis e não-duráveis, além de fornecedora dos serviços indispensáveis para o bem estar da sociedade.

Desta forma, o conceito de recuperação de empresas baseou-se em premissas que compunham a teoria da manutenção da unidade produtiva, com base na função social da empresa, que preconiza não somente a preocupação com os aspectos econômicos da falência, mas também, e, principalmente, com a dimensão social desta preservação da empresa em estado de crise econômica-financeira.

Imperioso ressaltar o fundamento basilar a que se propôs o instituto em comento, qual seja o de viabilização da superação de crise, em contraste com o fim prático para o qual a concordata concorreu, qual seja, o de favor legal.

Considerando o exposto, podemos conceituar a recuperação judicial como um conjunto de atos administrativos, amparados em premissas estabelecidas judicialmente e por elas determinadas, com o objetivo de realocar a empresa em crise no mercado, e não apenas tirá-la do contexto de dificuldades.

Quanto aos objetivos da Recuperação Judicial de empresas, partimos do enunciado disposto na própria Lei 11.101/05, que em seu art. 47 enumera tais objetivos, a seguir transcrito in verbis:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo,

assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” [9]

Notamos que a lei é clara ao enumerar os fins legais atribuídos à Recuperação Judicial da empresa, os quais estão dispostos em ordem de grandeza e prioridade, ao longo do texto do artigo. Tal observação exsurge da análise conjunta do disposto no artigo 41 e no artigo 60 da lei em comento, onde é ressaltado que a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores tem prioridade sobre os interesses dos credores.

Observamos, também, que não estão elencados no dispositivo legal acima referenciado a defesa ou manutenção dos interesses do empresário ou da sociedade empresária devedora como objetivos da Recuperação Judicial. Porém, nada obsta que possam ser atendidos os interesses e direitos patrimoniais do devedor, muito embora não seja este o destino de tal instituto. Mas sempre tendo em vista que os objetivos dispostos no art. 47 devem ser priorizados.

À guisa de conclusão desta parte geral acerca de tal instituto, e antes de adentrarmos na análise de características específicas do mesmo, é necessário ressaltar que a recuperação judicial destina-se às empresas que se encontrem em situação de crise econômico-financeira, mas que apresentem condições de superação.

Pois, por diversas razões, as quais serão expostas ao longo do terceiro capítulo do presente trabalho, aquelas que estejam em situação de crise considerada insuperável, devem ter sua falência decretada, uma vez que a recuperação judicial de uma empresa inviável economicamente pode causar mais danos do que a própria falência da mesma, e também para que não se tornem elemento desestabilizador do regular funcionamento das relações econômicas do mercado.

9 BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 out. 2011.

3.2 Legitimidade jurídica para requerer a Recuperação Judicial

Considera-se ativamente legitimado para pedir a recuperação judicial, o empresário, entenda-se, o titular da firma individual. Logo, vemos que o gerente não terá legitimidade para formular o pedido, a não ser que esteja resguardado por procuração conferindo-lhe expressamente os poderes para tanto.

Em se tratando de sociedade empresária, será legítima para pedir a recuperação judicial a própria pessoa jurídica, através do seu administrador.

Impende destacar ainda o que dispõe o artigo 48, no seu parágrafo único, ao criar hipóteses extraordinárias para o requerimento da recuperação judicial, cujo conteúdo dispensa comentários, já que possui caráter auto-explicativo:

“Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.” [10]

10 BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 nov. 2011.

Observamos, portanto, que só é reputado legítimo para requerer o processo de recuperação judicial quem é legitimado passivo para processo de falência. Em outras palavras, somente aquele que está exposto ao risco de ter a falência decretada pode pleitear o benefício da recuperação judicial, já que, como tal medida é destinada a preservar o devedor da falência, a lei só a defere a quem pode falir.

3.3 Legitimidade passiva e créditos sujeitos a recuperação judicial

Ao explanar as considerações pertinentes acerca da legitimidade passiva, é necessário ter em mente que muito embora haja um autor da recuperação judicial de empresas, conforme anteriormente abordado, inexistente um réu, ou seja alguém em face do qual será interposta a recuperação.

Entretanto, embora não se possa falar, propriamente, na existência de réus, pode-se falar em legitimidade passiva, tendo em vista que há pessoas que se sujeitam à implicações de tal pedido, sendo atraídas para o processo e sendo alcançadas pelos seus efeitos, ainda que não tenham procurado habilitar-se para os mesmos. Podemos dizer que tais pessoas consistem na universalidade dos credores da empresa apta a ser recuperada.

No que diz respeito aos créditos que estão sujeitos à recuperação judicial, devemos considerar todos aqueles existentes na data do pedido de recuperação, ainda que não vencidos, conforme o disposto no art. 49 da lei 11.101/2005.

Frise-se, contudo, que esta regra comporta exceções, tendo em vista que não estão sujeitos à recuperação judicial aqueles no qual o credor ocupe a posição de credor fiduciário de bens móveis ou imóveis, como por exemplo, o caso da alienação fiduciária em garantia; os relativos a arrendamento mercantil (leasing); aqueles no qual o credor seja proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade,

inclusive em incorporações imobiliárias; aqueles em que o credor seja proprietário de bem objeto de venda com reserva de domínio; os decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação em que o recuperando seja devedor; e os créditos fiscais.

3.4 Meios de Recuperação Judicial

São vários os meios indicados na Lei 11.101/05 como aptos a proporcionar o reerguimento da empresa e que devem ser apontados no plano de recuperação judicial, sendo tal escolha fundamentada nas peculiaridades da crise enfrentada pela empresa, tendo em vista que a complexidade que envolve as dificuldades causadoras da crise que se apresenta.

No artigo 50 da lei em comento, é disposto um rol contendo dezesseis meios de recuperar uma empresa em dificuldade econômica, tratando-se de uma enumeração de caráter exemplificativo, mister considerar.

Esses meios deverão ser apontados no plano de recuperação judicial, no prazo de sessenta dias após o deferimento do processamento da recuperação judicial pelo juiz.

Segundo o escólio de Fábio Ulhoa Coelho, na lei, “encontram-se instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos que normalmente são empregados na superação de crises das empresas”. [11]

Realizando uma enumeração de tais meios, de acordo com tal classificação, podemos afirmar a possibilidade de superação da crise por intermédio dos seguintes instrumentos financeiros, destacando-se a redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; a venda parcial dos bens; a equalização de encargos financeiros relativos a

11 COEHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 202.

débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial; a emissão de valores mobiliários; a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Quanto aos instrumentos administrativos podemos listar a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; a alteração do controle societário; a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; a concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; a constituição de sociedade de credores; a administração compartilhada;

Por fim, no que diz respeito aos instrumentos jurídicos na superação da crise temos: a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; o aumento de capital social; o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; a dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; o usufruto da empresa.

Os meios de recuperação da empresa constituem um elemento imprescindível no plano de recuperação judicial, que, por sua vez, é o instrumento através do qual o empresário ou sociedade empresária deverá aduzir todos os argumentos pelos quais merece ser objeto de recuperação judicial.

Logo, a escolha dos meios ensejadores de tal recuperação deve provir de um estudo circunstanciado das causas da crise econômica financeira na qual se encontra a empresa, em concomitância com o estudo das formas mais indicadas para a superação da mesma, quando possível.

De grande valia, apresenta-se o estudo da crise de acordo com o que

dispõe o doutrinador Fábio Ulhoa, o qual faz a distinção entre as crises econômica, financeira e patrimonial. Tal distinção será mais atentamente abordada no próximo capítulo do presente trabalho, no qual realizaremos considerações acerca da viabilidade da recuperação judicial das empresas.

3.5 O processo da Recuperação Judicial e suas fases

Ao analisar o processo de Recuperação judicial podemos apontar três fases, sendo a primeira a postulatória na qual o empresário ou sociedade empresária, em obediência ao princípio *ne procedat iudex ex officio: nemo iudex sine actore*, apresenta seu requerimento do benefício.

Tal requerimento é feito através da apresentação de uma petição inicial contendo todos os elementos, pormenorizadamente, arrolados no artigo 51 da Lei 11.101/2005. Fundamentalmente, pode-se dizer que a petição inicial deve ser apresentada ao juízo do local do principal estabelecimento do devedor, a fim de que o juiz avalie as causas e razões que envolvem a empresa em crise, com fins de decidir acerca da sua viabilidade recuperatória. Esta fase inicial encerra-se com o despacho judicial de processamento do pedido, que só será deferido, caso toda a documentação esteja em ordem.

Transcorridos sessenta dias do deferimento do processamento da recuperação, conforme dispõe o artigo 53 da Lei 11.101/05, o devedor tem a obrigação de apresentar em juízo o plano de recuperação judicial, sob pena de convalidação da recuperação em falência.

Importante destacar a importância de que se reveste o plano de recuperação judicial, para que possa se decidir acerca da viabilidade de recuperação de uma empresa em crise. O devedor deve, portanto discriminar os meios pelos quais o devedor pretende superar a crise que enfrenta, assim como conter a demonstração de sua viabilidade econômica e laudo econômico-financeiro e a avaliação dos bens e ativos do devedor. Em caso de existir alguma objeção de

qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia - geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, que poderá, inclusive ser rejeitado pelos mesmos.

Após o deferimento do processamento do pedido, iniciará então a segunda fase, denominada instrutória, na qual o devedor terá que cumprir todas as exigências dispostas na lei, culminando com a decisão concessiva do benefício. O marco divisório entre esta segunda fase e a seguinte descrita é a decisão interlocutória que defere o pedido. Vale ressaltar que uma vez deferido o procedimento da recuperação, o devedor dela não pode mais desistir, salvo com anuência da assembléia geral de credores.

Uma vez proferida tal decisão, o devedor terá que cumprir todas as obrigações contidas no plano executório, que se vencerem até dois anos depois da sentença concessiva da recuperação. O marco final de todo o processo de Recuperação Judicial é a sentença de encerramento do processo, ou a sentença de decretação da falência.

Ao finalizarmos o presente capítulo e com o intento de introduzir as considerações acerca do estudo das condições em que a viabilidade econômica da empresa enseja o deferimento da recuperação judicial da mesma, podemos concluir que o instituto da recuperação judicial, pelo fim a que se destina e pelos interesses que envolve, não pode ser considerada como um simples processo que pode ser requerido sem que sejam cumpridos os requisitos básicos presentes na Lei, bem como sem que a análise da possibilidade de deferimento de tal processo passe por uma confrontação com o Princípio da viabilidade econômica de tal feito.

Isto ocorre tendo em vista que a viabilização da superação da situação de crise do devedor custa caro para a sociedade como um todo, restando a certeza de que alguém terá de financiar tal recuperação, seja introduzindo capitais, na forma de investimento do negócio em crise, caso este ainda possa se aplicar ao mesmo a solução de mercado, seja perdendo capitais, representada pela perda parcial ou total de créditos.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VIABILIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS EMPRESAS

Ao ponderarmos acerca da viabilidade da recuperação judicial das empresas, é imperioso que tratemos acerca dos fatos dos quais as mesmas irão se recuperar. Considerando que objetiva-se a superação da situação de crise econômico financeira, considera-se necessário entender qual tipo de crise pela qual passa determinada empresa, para então, podermos concluir se a recuperação judicial da mesma apresenta-se como viável.

Seguindo o escólio do professor Fábio Ulhoa Coelho, classifica-se as situações de crise empresarial em econômica, financeira e patrimonial, nos seguintes termos:

“Por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento (não sofre, a rigor, só no caso de majorar seus preços). Em igual situação está o atacadista, o industrial ou o fornecedor de insumos que vêem reduzidos os pedidos dos outros empresários. A crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; o diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição das medidas de superação do estado crítico. Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração geral da economia, quando, na verdade, o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la. A crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem causa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório – e, portanto, não existir crise econômica –, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos

produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas. A exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade. Em geral, se a sociedade empresária não está também em crise econômica e patrimonial, ela pode superar as dificuldades financeiras por meio de operações de desconto em bancos das duplicatas ou outro título representativo dos créditos derivados das vendas ou contraindo mútuo bancário mediante a outorga de garantia real sobre bens do ativo. Se estiver elevado o custo do dinheiro, contudo, essas medidas podem acentuar a crise financeira, vindo a comprometer todos os esforços de ampliação de venda e sacrificar reservas imobilizadas. Por fim, a crise patrimonial é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, quer dizer, se a sociedade empresaria tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, ela parece apresentar uma condição temerária, indicativa de grande risco para os credores. Não é assim necessariamente. O patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo. Quando concluída a obra e iniciadas as operações da nova planta, verifica-se aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial". [12]

A classificação das modalidades de crises acima exposta auxilia na identificação de quais empresas devem ser submetidas ao processo de recuperação judicial e quais devem suportar a falência. Ademais figura como fundamental, principalmente, quando do questionamento acerca da existência de solução de mercado para a recuperação da empresa.

Solução de mercado é a resposta que os empreendedores e os investidores manifestam no sentido de recuperar uma empresa, desde que ela seja considerada apta para tanto, pela alternativa de investimento que representa.

12 COEHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 231-232.

No caso em comento os agentes do mercado assumem os riscos de superação da crise de uma empresa, porém não gratuitamente, ou seja, só o fazem caso identifiquem nesta empresa uma oportunidade de auferir lucros. Assim sendo, adotam medidas de saneamento administrativo e, muitas vezes, injetam recursos a fim de alcançar a estabilização da unidade produtiva. Isto consiste na resposta que o próprio mercado, na sua dinâmica, de funcionamento apresenta para a superação da crise e o conseqüente realocamento de determinada empresa no universo de negócios.

A possibilidade de aplicação de tal solução a uma empresa em crise poderia ser tido como a única saída existente para determinar se a mesma deve permanecer atuante no mercado ou se deveria ter a sua falência decretada. Tal hipótese só teria validade, no entanto, caso desfrutássemos de um panorama em que as estruturas do sistema econômico funcionassem sem falhas.

Contudo, considerando o cenário econômico mundial, sujeito a crises de proporções gigantescas e efeitos devastadores para a economia dos países, justifica-se a intervenção do estado oferecendo elementos para tentar a recuperação das empresas que o mercado, *sponte própria*, não conseguiu recuperar.

Dentro desse contexto, enquadra-se o próprio instituto jurídico da recuperação judicial de empresas, instituído com o escopo principal de atender aos vários interesses que gravitam em torno da empresa, quais sejam dos consumidores, do fisco, da comunidade, dos empregados, principalmente, dentre outros. Ademais, impende destacar que tal instituto tem sentido, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada.

Na aplicação do instituto de recuperação judicial, revestindo-se este na qualidade de instrumento aplicado pelo Estado, conseqüentemente, financiado pelo dinheiro arrecadado da sociedade, é que devem ser feitas as considerações acerca da necessidade de averiguar a viabilidade de recuperação de uma empresa, de modo a evitar tanto a aplicação desregrada e generalizada do instituto sob liça, o que acabaria por desvirtuá-lo, como para prevenir perdas maiores do que aquelas

provenientes da falência de uma empresa irrecuperável.

Desta feita, considerando que não se deve eleger a recuperação judicial de empresas como um valor absoluto a ser perseguido, faz-se necessária a análise de cada uma de forma individualizada, com base no Princípio da Viabilidade Econômica, atrelado a outro princípio não menos importante, qual seja o da Razoabilidade.

A princípio, cabe ressaltar que a aferição da viabilidade da empresa está ligada ao que dispõe os Princípios da Preservação da empresa e da sua função social.

De acordo com o princípio da Preservação da Empresa, esta deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica, além de criar postos de emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Ademais, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados bens intangíveis, tais como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, treinamento, perspectiva de lucro futuro, dentre outros.

Conforme podemos constatar o preconizado por tal Princípio justifica a recuperação judicial, entretanto, o mesmo não deve ser aplicado isoladamente, mas sim em cotejo com o Princípio da Função Social da Empresa.

Considerando o custo inerente a um processo de recuperação, que são socializados por meio de relações sociais encadeadas e complexas, mister se faz a perquirição se a empresa em crise cumpre a sua função social, ou seja, é necessário fazer um juízo de valoração acerca das atividades de tal empresa, para saber se ela merece ser preservada.

Acrescente-se ainda que a análise da viabilidade de uma determinada empresa passa também pelos tipos de mercadorias que são produzidos, ou de serviços que são oferecidos, do ponto de vista da utilidade e relevância que os

mesmos possuem.

No que se refere à abordagem do assunto viabilidade da recuperação judicial de uma determinada empresa no âmbito do que dispõe a lei 11.101/2005, podemos considerar como viáveis aquelas que apresentam condições de cumprir o plano de reorganização estipulado no artigo 53 da referida Lei.

Ressalte-se que a delimitação no âmbito da Lei em comento no que consiste o Princípio da Viabilidade reveste-se de extrema importância, tendo em vista que cabe ao próprio Judiciário a aferição do conceito de viabilidade ao longo do processo de recuperação judicial.

Ademais, é possível realizar o diagnóstico de uma empresa viável economicamente através da observação do cumprimento dos requisitos satisfatório para a apresentação do plano de recuperação, no que concerne à elaboração e conteúdo disposto no mesmo. Outrossim, impede a realização de questionamentos acerca da procedimentalidade que vai ser aplicada às obrigações elencadas no plano, o que abrange a existência de respostas para perguntas do tipo, como será custeada a concretização do plano de recuperação?

Há ainda doutrinadores que elegem parâmetros objetivos para aferição da viabilidade de recuperação empresarial, tais como o professor Fábio Coelho, quais sejam, a importância social que um empresário ou sociedade empresária detém, consistentes na posse de potencial econômico para reerguer-se, bem como na relevância para a economia local, regional ou nacional que as atividades possuem; a mão de obra e a tecnologia empregadas; o volume do ativo e passivo detectados quando da análise contábil da empresa, representativo do patrimônio que a empresa detém, bem como do cumprimento das suas obrigações; a mensuração do tempo em que a empresa funcionou no mercado e o seu porte econômico, já que as medidas de reorganização de uma grande empresa certamente não podem ser exigidas de um microempresário.

Dessa forma, torna-se evidente que nem toda empresa pode ser recuperada, se não compreendida a sua viabilidade. Logo a empresa deve evidenciar que reúne condições de cumprir o plano de recuperação, tais condições serão verificadas no decorrer do processo de recuperação judicial. Caso seja constatada, no curso da recuperação judicial, o descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação proposto, implica-se a conversão do processo de recuperação em solução liquidatória, ou seja, a convolação da recuperação judicial em falência, conforme informado pelo art. 73 da Lei 11.101/05.

Ressalte-se que o Princípio da Viabilidade econômica deve ser analisado considerando-se o contexto global e panorâmico em que se encontra a empresa em crise, sempre tendo em vista as suas reais perspectivas de rentabilidade e importância social que possui.

Assim, a distinção entre empresas viáveis e inviáveis deve ser verificada também, além de todos os parâmetros elencados anteriormente, a partir de mecanismos de mercado, por se tratar de questão de índole econômico-financeira, pois a viabilidade não pode ser encarada como um dado isolado, tem de se verificar se a empresa tem ou não aptidão para integrar produtivamente o mercado.

O conceito de viabilidade, o qual exsurge das diretrizes traçada pelo referido princípio, como foi visto, não comporta uma explicação simplista, sob pena de induzir a erro os sujeito responsáveis pela sua aferição.

5 CONCLUSÃO

Através da análise histórica das normas concernentes ao Direito Falencial, empreendida no primeiro capítulo, concluímos que a Lei 11.101/2005 representou, inegavelmente, um avanço ao disciplinar a possibilidade de Recuperação Judicial e Extrajudicial das empresas, privilegiando, assim, a possibilidade do cumprimento da sua função social.

Entretanto, ao aprofundar-mo-nos nas consequências de tal constatação, concluiu-se que o instituto de Recuperação Judicial de empresas não deve ser utilizado indiscriminadamente, mas ao invés, o deferimento do processo de recuperação deve pautar-se nos requisitos previstos na Lei anteriormente referida, além de basear-se nas diretrizes propugnadas pelos Princípios da Preservação da Empresa em cotejo com o da Função Social da Empresa, além da necessária aplicação e sopesamento do que dispõe o Princípio da Viabilidade Econômico-financeira da Recuperação Judicial.

Verificou-se que nem todas as empresas fazem jus à recuperação judicial, tendo em vista que da manutenção de uma empresa considerada inviável nos termos anteriormente expostos, podem advir conseqüências negativas não só para os seus credores e para as demais empresas, mas sim para toda a sociedade brasileira, que será a responsável por arcar com os custos decorrentes da recuperação. A constatação da viabilidade de uma empresa passa, necessariamente, pela conclusão de que a expectativa de percepção de haveres resultante da sua recuperação justifique a tentativa de evitar a falência e que os gastos decorrentes de tal recuperação não ultrapassem aqueles decorrentes do processo falencial.

Conclui-se, por fim, que somente aquelas empresas consideradas economicamente viáveis devem ser objeto de recuperação judicial, a fim de que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira relativo à assunção dos custos de tal processo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. São Paulo: Saraiva. 20ª edição.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 out. 2011.

BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 out. 2011.

COEHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva. 2011.

COEHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2005.

PERIN, Écio Júnior. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. São Paulo: Editora Método. 3ª edição.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1993.